

Gaur egungo politika kriminalaren egoera eta norabidea: Aro berri baten atarian?

(Situation and direction of current criminal policy.
At the gateway to a new era?)

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena; GARRO CARRERA, Enara

BIBLID [1137-1951 (2008), 17; 71-79]

1. Mendebaldeko gizarteetan eta zuzenbide penalaren esparruan egon den azken bi mendetako bilakaera historikoari dagokionez, duela gutxira arte gizatasun-printzipioan azalpen-gako sendoa genuen zalantzarik gabe. Politika kriminal *modernoaren* ezaugarri ezinbestekoa zen atxilotua, kondenatua, barneratua gizatasunez tratatzea, *Beccariak* aspalditik laburbildu zuen esamoldeari jarraiki, zigorraren eragingarritasuna –ez krudelkeria– bilatu behar zelakoan. Argudio utilitaristaz gain, argudio moralak ere pilatzen zen zigorraren filosofia berrira, izan ere zigorraren eta, areago, Estatuaren erantzun ororen arkitekturak edozein gizabanakoren duintasunean izan behar baitzuen abiapuntu lehena eta nagusia. Zigor

ilustratua moldatzerakoan horren basakeria leuntzen ahalegindu behar zen, zigorra eragingarria ez ezik, duina –gizabanakoaren duintasunari zegokiona– ere izan zedin.

Gizatasun-printzipioaren ikuspegitik azken berrehun urteko zuzenbide penalaren historia egitea badago, askoren ustez aipatu printzipioak filosofia kriminalaren mentalitate moderno ofizial zein ez-ofiziala neurri handi batean sortu eta bultzatu zuelako. Eta hori bi zentzutan: batean, zigor-motak baldintzatu eta aldatzera behartu zituelako; eta bigarren zentzuan, zigorrak betetzeko baldintzak ere aldatzeko erronka bota zuelako.

1.1. Aintzineko erregimenean zigor-sistemaren muina heriotz zigorra zen eta horrekin batera gorputz zigorrak. Delituri astun eta ohikoenen aurrean, zigorra ezartzeko erabakimenaren erabilera eta gizarte-mailen ezberdintasunak alde batera utzirik, herriaren aurreko heriotz zigorrarekin eta mota askotako zigor fisiko eta iraingarriekin erantzun ohi zen, tortura bera prozesu penalen barruko tresna bezala erabiltzen zela ahaztu gabe. Ilustrazioaren ondorioz, aitzitik, egitarau politiko kriminala bestelakoa izango zen, pixkanaka-pixkanaka gorputz fisikoak eta heriotz zigorrak lehentasuna galtzen hasi zirelarik. Ziurrenik gorputz fisikoak izan ziren lehenik eta behin –modu ofizialean– desagertzen hasi zirenak eta gero heriotz zigorraren malda behera ere etorriko zen. Azken honen desagerpena, ordea, ondo baino hobeto dakigunez, ez zen hain arin ezta behin betiko gauzatuko, Mendebaldeko hainbat eta hainbat Estatutan aldi baterako desagertu eta berragertzen baitzen. Dena dela XIX eta, batez ere, XX. mendeak aurrera joan ahala, heriotzera kondenatzea zigorren zerrenda ofizialek ezabatzen ez zenean, praktikan ez zen zigorra betearazten. Egia da, esan beharrik ez dago, salbuespenak ere –eta ez edonolakoak herrialdeen biztanlegoaren kopuruari begira– izan zirela, baina oro har –joera orokor gisa– esatea badago zigor sistemaren erdigunean pena askatasun-gabetzailea azaldu zela, eraikin penal berriaren zutabe nagusi eta lehentasunezkoa. Espetxea, gainera, oso ondo egokitzen zitzaion filosofia politiko eta atzean zegoen antropologiari, azken buruan espetxealdiak aukera ematen baitzuen presoari tratamendu bat ezarri eta hura gizartearentzat berreskuratzeko (birgizarteratzea), gizabanako razionalak testuinguru eta baldintza egokien aurrean delituak egiteari behin betiko utziko ziolakoan.

1.2. Heriotz zigor eta gorputz zigorren ordeza pena askatasun-gabetzailea nagusitu ondoren, gizatasun printzipioaren eskakizunek bultzaturik, espetxealdia bera izango da auzitan jarriko dena. Baikortasun antropologikoz beterik ilustrazioaren hasieran uste izan zenaren aurka, agerian gertatu zen gartzelak ez zuela balio inor birgizarteratzeko, aurkakoa baizik. Espetxealdia ez zen, hortaz, dena konponduko zuen tresna politiko kriminal berria eta modernoa, beste alternatibarik ezean pairatu beharreko errealtate mingotza besterik. Horregatik espetxealdia ahalik eta laburren izan zedin mugimendua indartu zen, batetik, eta, bestetik, espetxealdiaren ordeza bestelako zigor alternatiboak bultzatu nahi izan ziren. Pena askatasun-gabetzaileak une historiko jakin batean are gogorragoak ziren beste zigorrak alboratzeko balio izan bazuen, bazirudien minberotasun moderno eta zibilizatuaren argitan oraindik ere zigor basatiegia zela eta horregatik bere ondorio

negatiboak eta bere edukin krudela nola edo hala gutxitu eta indargabetu beharra zegoen. Pentsamolde honetan hainbat eta hainbat aldaketa eta duela gutxi arteko gizartearen uste sendoak kokatu behar dira: hala nola, behin betiko espetxealdiari uko egitea; espetxealdia gehinez 15 urte irautea; denbora laburreko pena askatasun-gabetzaileak desagertzea; espetxera ez sartzeko alternatibak indartzea: baldintzapeko kondena, zigorra ordeztzea; isuna, gizartearen aldeko lanak eta bestelako zigor alternatiboak bultzatzea, eta abar.

Ildo beretik espetxealdiaren aurkako kritikak gartzela barruko baldintzetara iritsi ziren, espetxearen eraikina, ziegak, kanpoko munduarekiko harremanak, diziplina, presoaren intimitate-eskubidea, eta abar neurritzkoak eta egokiak izan behar zirela erreibindikatu. Espetxealdia beteratzeko erregimenak ere gizabanakoaren duintasuna errespetatu behar zuen, Nazio Batuen Erakundeak berak hainbat agiritan –gutxieneko arauak izenekoan esaterako– jaso zuen bezala.

Berriro ere esparru geografikoz esparru geografiko ezberdintasunak nabariak ziren eta espetxealdiaren benetako pisua eta beteratzeko baldintzak ez ziren leku guztietan berberak izan. Baina jarrera orokorra eta komuna gartzelarekiko mesfindantza zen, erakunde juridiko halabeharrezkoa bai baina ez maitatua, susmopekoa eta desakreditua baizik.

1.3. Zertzelada gordinetan deskribatutako bilakaera historikoaren kontzientziaz bazirudien, aldi baterako joan-itzuliak gorabehera, zigorren gogorkeria eta krudelkeria behin betiko malda beherantz abaiatzen hasiak zirela. Gorputzaren gaineko zigor fisikoak, heriotz zigorra, iraingarriak ziren zigorrak, behin betiko espetxealdia, eta abar, iraganeko mamuak besterik ez zirela ematen zuen. Mendebaldeko kultur juridiko modernoan baita gizartearen mentalitatean ere gizatasunaren printzipioa tinko finkaturik eta sustraiturik omen zegoen, ahalik eta XX. mendearen azkeneko laurdenean bat-batean aipatu uste sendoak ahultzen hasi ziren arte.

Joan den mendeko 70. eta 80. hamarkadaz geroztik, **Garland** soziologoak dioen bezala, aldaketa *estrukturala* abian jarri zen, kontrol kultur *osoaren* (sare formal zein informalarena alegia) iraulia ekarriko zuena. Errealtate kriminala deskribatzeko eta baloratzeko ikuspegia aldatzeko prozesuan sartu zen bai gizarte mailan bai legegile eta politikoen mailan bai eta, neurri apalagoan apika, bestelako jardule juridikoen mailan ere. Aipatu soziologoaren azterketa Ameriketako Estatu Batuetara eta Erresuma

Batura murrizten bada ere, egileak berak dioen moduan, aldaketaren eremua mendebalde osoko (modernitate osteko) gizarteetara eramatea badago, denboraren poderioz joerak indartu besterik ez direlako egingo. **Garlandek** zigor zuzenbidearen eta, areago, gizarte kontrolaren kultur-sistema formal zein ez-formal osoaren funtsezko *iraultza* baten berri ematen du. Eta *iraultza*z ari gara, izan ere azkeneko bi mendeetan izan diren zuzenbide penaleko printzipio nagusi asko lehenengo aldiz *zeharo* eta oso azkar aldatzen –eta alboratuak izaten– ari baitira. Oraindik esatekoa balioztatu gabe, hona hemen *Garland* soziologoaren azterketa deskribatzaileari helduta¹, aldaketa-gako batzuk, kontrolaren pentsamolde goitik beherako bilakaera estrukturalaren berri eman diezaguketenak

Garlanden esanetan, aldaketa ikustekoa da lehenik eta behin birgisarteratzeko paradigma baztertu delako, tratamenduaren ideologiaren ordeztu –edota horren gainetik– helburu ordaintzaileak, inokuizazioa eta arriskuaren kudeaketa hutsa nagusitu direlarik. Jendeak orain eskatzen duena babesa da, delitugilea gizartearen birstatzeko ahaleginari uko egin behar bazaio ere. Horren argitan ulertzekoa da justiziaren alderdi sinboliko eta komunikatiboa inoiz baino gehiago present egotea, delituak jendearengan pizten duen haserrearen beren beregi eta konplexurik gabe adierazten delarik. Herriaren justiziagarria bideratzeko tresna nagusietako bat politika kriminala dugu, dagoeneko adituak eta teknikoak politika hura egiteko orduan kanporatuak izan direlarik. Zuzenbide penal berria *herriak* berak biktimaren izenean egiten du, biktimaren interesa eta herri-interesa nahasturik, haserre-sentimenduak eta mendeku-griñak bultzaturik. Delitugilearen nagusitasunaren ordeztu, biktimak du orain lehentasuna, «*gehiketa zero*» ematen duen joko baten arauen arabera: alegia, biktimaren alde egiten dena, delitugilearen aurkakotzat jotzen da eta alderantziz.

Delitua eta delitugilea ikusteko modu berriak baditu, nola ez, bere ondorioak espetxealdiaren munduan. Lehenik eta behin aldaketa antropologikoa gauzatu da, delitugilea birgaitzeko aukeratan gehiago fio ez delako. Delitugilea ez da familia–, gizarte-arazo edota arazo patologikoen ondorioz delitua egiten duen pertsona, baizik eta guztion kaltetan jardueraren deliktiboa aukeratu duen gizabanako arrunta, berekoia, onura jakin bat ateratzen nahian. Delitugileak guztioi alde bat modu ez zilegian ateratzen nahi digu. Delitugilea arrisku-iturri bilakatzen

da, gu mehatzatzen gaituena, eta ñabardurarik gabe (*tolerantzia zero*) kontrolpean jarri beharra dago: kosta ala kosta.

Aldi berean berme-kultura modernoaren oinarrian zegoen Estatuarekiko –*Leviathan*– mesfidantza desagertu egiten da eta ez da lehenik eta behin irudikatzen herri-boterearen gehiegikerien arriskua. Aitzitik, Estatuari galdatzen zaio gure beldurrak uxatu eta segurtasuna bermatu behar dituela, lehenengo bermeen eta mugen gainetik pasatu behar bada ere. Lehenengo bermeak, orain astun eta malgutasunik gabekotzat jota, dagoeneko ez dira ulertzen. Estatuta ez da mugatu beharrekoa, botere gero eta handiago behar duen erakundea baizik, izugarri bilakatu zaizkigun beldur berriei aurre egin ahal izateko. Delitugile izugarrien irudiak (*delitugile basatia*, *bihotz gabekoa*, *piztia*...) gure gizartearen imajinarioan nonnahi ditugu, baita adingabeen delituetan ere (*gazte oldarkor*), beraz ez gaituzten harritu, hori guztia erabili bada, modu *naturalean*, irtenbide errepresiboak indartzeko. Hemendik ulertzen da, beldur berri eta handiagoren aurrean, espetxea gogortu, luzatu eta zabaltu behar omen dela. Espetxearen mundu iluna, orain arte guztion begietatik izkutatua, *ultima ratio* izatetik *prima ratio* izatera pasatu da, gizartearen lasaitasuna eta arriskuaren kudeaketa ziurra bermatzeko. Gartzelaren helburu nagusia ez da delitugilea gizartearentzat berreskuratzea, baizik eta hura zigortzea, kontrolatzea, disziplinatzea eta, hala denean, hura inokuizatzea.

Testuinguru honetan, eta arestian gizatasun printzipioaz genion bilakera historikoari buelta ematen, zigor gogorragoak eta mendekua zuzenean eskatzen dira. Hortaz heriotz zigorra erreperatzea hainbat tokitako herri-eztabaida bilakatu da ez bada zuzenean betearazten hasi. Baina baita gorputz zigorraren inguruko eztabaidak –kastrazio kimikoa hala nola– ere piztu dira. Pelikuletan hainbat aldiz ikusitako presoentzako jantziak –marradunak, denak berberak...– itzuli dira eta horiekin batera presoentzako kateak, herri aurreko jakinarazpena, delitugileen zerrenda publikoak, eta abar.

Hauek guztiak politika kriminal *berri* baten begi-bistako ezaugarriak ditugu, bai ezkerreko bai eskuineko alderdiek bere gain hartu dituztenak, kontrolaren ideologia berria kolore guztietako esparru politikoetan nagusitzen ari delarik. Baina politikaz haratago, kontrolak Estatuaren monopolioa izateari utzi dio, espetxeen kudeaketa pribatuak aspalditik

1. GARLAND, David, *La cultura del control* (Máximo Sozzo Itzultzailea), Gedisa, Bartzelona, 2005, *passim*.

erakusten duen moduan. Aldi batean ez zen inoren burutik pasako gartzela enpresa pribatu baten eskuetatik antolatu eta kudeatu ahal zenik. Baina Estatu Batuetan ez ezik, Erresuma Batuan eta Europako beste hainbat herrialdeetan (gure artean ere adingabeak barneratzeko zentroetan), espetxeetako zenbait zerbitzu eta antolaketa-esparru ekimen pribatuen arlora bideratu dira. Berrito ere Estatu Batuetan dagoen pribatizazio-maila ez dago Europako herrialdeetakoarenarekin parekatzerik baina edozelan ere guztietan pribatizazio-joera ikustekoa eta gora jotzekoa da, *ius puniendiren* alderdi hau Estatuaren monopoliotik ateratzen ari dela.

Baina ez hori bakarrik: gizarte mailan eta tokiko komunitateetan delitugintzari aurre egiteko sareak, lan taldeak eta estrategiak (hala nola, *Neighbourhood crime watch*) sortu eta indartu berriak dira, auzokideen gidaritzapean eta bideo kamaren begipean. Poliziaren ordeztu, auzokideak zuzenean izaten dira informazio bildu eta prebentzio-lana kaleetan aurrera eramaten dutenak. Kontrolaren estrategia osagarriak dira, poliziarekin elkarlanean gauzatzen direnak, baina neurri berean *ius puniendiren* monopolio sakrosantu eta erabatekoa hausten ari direnak.

2. Ez da sarrera hau **Garland** soziologoaren lana sakonki eta zehatz-mehatz aurkezteko leku egokia (hori etorkizuneko artikulua biren bitartez egingo bada ere, gero zehaztuko dugun bezala). Balio beza, hortaz, laburbildutako deskribapenak politika kriminalaren eta, oro har, zigor munduaren aldatetaz jabetzen hasteko. Berez doa deskribapena besterik ez dela izan, zatikako deskribapena gainera eta horri dagokion balorazioa momentuz alde batera utzi dugula. Izan ere orain azpimarratu nahi baitugu berrehun urteko bilakaera historikoa eten omen dela eta duela hogeitau urte pentsaezina izan zitekeen bestelako mentalitatea eta printzipioak nagusitzen ari direla. Badirudi, hortaz, politika kriminalaren aldaketa, atzean dauden printzipio eta pentsamolde nagusien aldaketarekin batera ari dela gertatzen lehenengo aldiz ibilbide historiko iraukor eta luze baten ostean. Eta badirudi, gainera, aipatu aldaketa *estrukturala* horren kontzientziarik gabe gertatzen ari dela, bai herriko jendea edota legegileak dagokienez, bai jardule juridiko edota akademiakoei dagokienez. Azal dezagun ideia garrantzitsu hau.

2.1. Arestian deskribatutako joera berriak lehenik eta behin, eta intentsitaterik punturik altuenaz, gizartekide, komunikabideetako kazetari eta politikoen adierazpenetan batez ere

topatzekoak dira. Gizartearen krimenari buruzko kontrol-mentalitatea eta lanbide juridikoa aspalditik bata bestetik aldentzen hasi ziren eta gaur egun elkarren arteko amildegia mugagabeko bilakatu zaigu. Aldi batean lanbide juridikoetako adituengan politikoei zuten konfidantza urraturik, politika kriminala *herriak* berak gidatu eta bideratzen du delituen aurreko sentimendu gordinek –ez horien arrazionalizazioak– bultzaturik. Ez da ulertzen zergatik zuzenbide penalak eta hura ezartzen duten epaileek beti, antza, delitugilearen alde egin behar omen duten.

Nekatuta gaude, behin eta berrito, komunikabideetan ematen dituzten berriaz, delitu krudel eta basatienei buruzkoak, biktimen sentimendu gordin –eta ulergarri– nonnahi present daudelarik. Denok bizi dugu gure bizi-esparrutan mundu juridikoz kanpokoek eskatzen diguten azalpena, haien begitan ulertzen bihurtu den delitu eta delitugileen tratamendu juridikoei buruzkoa. *Zergatik omen gara horren leun?*

Horrek guztiak erakusten digu, jendeak –arrazoiz edo arrazoirik gabe une honetan alde batera utzirik– ez duela orain arteko sistema penala ezta horren oinarria ulertzen eta, gainera, konponbidea bilatzekotan, ez du dagoeneko lanbide juridikoetako azalpenik bilatzen ezta sinesten.

Gizartearen kontrol mentalitatea, hortaz, aldatu egin da, aldatzen ari da, baina oraindik ere jakin bat behin betiko diseinaturik egon gabe. Ez da jadanik lehengoa ametitzen baina, zigor gogorragoen leloa izan ezik, ez da oraindik gauzatu alternatiba oso eta koherentea. Denok ikusten eta entzuten ditugu mentalitate berriaren adierazpenak (**Garland** soziologoak maisutasunez laburbildu eta sintetizatu dituenak) baina horiek guztiek nora eramango gaituzten oraindik oso ondo jakin gabe.

2.2. Egoera honen aurrean lanbide juridikoetako egoneza eta, bereziki, zuzenbide penaleko akademikoen noraeza, ulertzekoa da. **Díez Ripollés** irakasleak dioen bezala, bermeetako eredu baten inertzia oraindik ere present dago eta esparru zientifikoaren kideek neurri handi batean aipatu eredu tradizional horri heltzen diote gertatzen ari den guztia interpretatzerakoan. Gizarteak aldarrikatzen dituen gogorkeria politikei, hortaz, bermeen defentsarekin erantzuten da behin eta berrito, esparru juridiko eta esparru juridikoz kanpokoaren arteko aldea areagotzearekin batera.

Kontrol kultur formal eta informalaren aldaketa estrukturalaz arestian hitz egiten ari

ginenean, hortaz, ez zen aldaketaren tamaina berbera dela gizartearen, dela politiko edota legegilean, dela esparru juridikoko jardulean artean. Azken hauetan aldaketak —eta generalean ari gara— oraindik ez du lehenengo ereduaren oinarria bertan behera uztera eramanez, aurkakoa baizik: horren defentsa sutsura. Aldaketa eta gizartearen, komunikabideen edota politikoaren aldarrikapen berriak askotan funtsarik gabeko gehiegikeriatzat jotzen dira: kanpoko erasoak barneko diskurtsoa aldatzea ekarri behar ez dutenak.

2.3. Akademia eta jardule juridiko penalen egoerak, ordea, salbuespenak ere baditu. Defentsarako jarrera ez baizik eta aldatu beharra gutxi batzuk ikusten hasi dira baita aldaketa berrien sakontasunaz —ez aldi baterakotasunaz— jabetzen hasi ere. Eta hemen, hain zuzen ere kokatu beharra dago sarrera honen bitartez ELERIAren irakurleari aurkeztu nahi diogun egitasmoa. Izan ere mundu juridikoan diharduen edonori iritzi publikoan gero eta garrantzi eta oihartzun handiago duten gai juridiko penalen hausnarketa egiteko aukera eskaini nahi baitiogu. Esan badugu esparru juridiko penalean oraindik lehengo mentalitateak ez duela ondo ulertu —are gutxiago mamitu— kontrol kultur berriaren enbata eta, azpimarratu badugu, gure zigor-esparruan eztabaida bere hastapenetan dagoela, ideia ona izan zitekeen eztabaida plazaratzea. Eta plazaratzea, hain zuzen ere egoeraren diagnostiko egin eta horren aurreko lehenengo alternatibak ezagutarazteko. Horrela politika kriminalaren aldaketa zertan datzan, zein izan daitezkeen aldaketarako sakoneko kausak eta zein izan daitezkeen etorkizuneko bilakaerak eta alternatibak arakatu ahal izango genituzke. Horretarako egitasmoa **bederatzi artikulutan** egituratu nahi izan dugu oraintxe azalduko dugun logikari helduta.

2.3.1. Lehenengo multzo batean hiru artikulua kokatu beharra dago, nolabait zuzenbide penalak izan duen kontrol mentalitate eta kultur klasikoaren berri ematen dutenak. Ez dugu ahaztu behar nondik gatozen eta zein izan diren zuzenbide penal modernoaren atzean izan diren printzipio baloratibo nagusiak. Horiek nola edo hala esparru juridikoaren atzeko aldean jarduten dute baina dena auzitan jartzen den une honetan horien zentzua eta zimentarria beren beregi argitara ekartzea ez da ahalegin hutsala.

Horretarako *berme-kultura* ondo baino hobeto islatzen eta azaltzen duten hurrengo hiru artikulua aukeratu nahi izan ditugu.

2.3.1.1. Luigi Ferrajoliren *El derecho penal mínimo* izango da lehenengo artikulua gaia emango duena. 1986an argitaratutako gaztelaniazko bertsioa *Poder y Control* (0 zbk.) aldizkarian azaldu zen *Roberto Begalliren* (*Héctor C. Silveira* eta *José L. Domínguez*) itzulpenari esker. Gure aburuz artikulua honetan inon baino hobeto berme-pentsamoldearen gakoak jorratzen dira, zigorra bidezkatzen duten ideologia eta filosofiaren inguruko azterketa sendo bezain argitik abiatuz. Aldi berean gaur egun bakarria ematen duen delituaren gaitzaren alboan, delitugile, zuzeneko biktimak, Estatu eta gizarte osoaren ikuspegiak eta interes-sortak agerian utzi eta hastatzen dituen planteamendua egiten du **Ferrajolik**, delitua lehenik, Estatuaren gehiegikeria bigarrenik eta, hirugarrenik, biktimen mendekua *ahalik eta gutxien* (*derecho penal mínimo*) izan daitezen. Hausnarketaren iparra ez da delitua soilik eta horren gaitzaren aurreko estrategia, delitua ez baita gertakari isolatua, nolabait adierazteko besterik gabe *zerutik* eroritakoa. Delitua gizarte barruko gatazka dugu, alderdi ezberdinetan sustraiak izaten dituena eta, hortaz, fenomeno konplexua da, erantzun konplexua eta poliedrikoa behar duena. Gizarte orekan ez dago, historian oinarriturik, interes bakarria jokuan, interes anitz baizik eta delituaren aurreko erantzunak interes-oreka birmoldatzen du. **Ferrajoliren** planteamendutik zuzenbide penalaren nondik norakoa —mugak— edota zigorraren edukia ezin dira erabaki, labur esanda, delituaren gaitzari begira: ikuspegi zabalduta beharra dago eta azterketaren barruan delitugilearen eskubideak, hiritarren eskubideak, estatuaren gehiegikerien arriskua baita mendeku griñaz etor litezkeen biktimaren aldeko eraso-arriskua ere sartu behar dira, behintzat zuzenbide penalak legitimazioa eduki nahi izatekotan.

2.3.1.2. Berme kultura tradizionalaren haritik bigarren artikulua, **Günther Jakobs** irakasle alemanaren lana, filosofia juridikoaren arloa utzi gabe, zuzenbide penaleko delituaren teoriarik gehiago sartzen da. Jatorrizko bertsioa 1985. urtean esparru germaniarreko aldizkaririk ezagunetarikoa (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft –ZStW–* 97)² argitaratu zen, harrez geroztik ekarpen funtsezko eta emankor bihurtu zelarik. Beste hainbatetan artean,

2. Artikulua (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*) argitaratu baino lehen, hura Günther Jakobs berak zuzenbide penaleko legelari alemanen 1985eko urteko biltzarrean txosten moduan aurkeztu zuen. Artikulua gaztelaniazko itzulpena badago (*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*) Enrique Peñaranda Ramos irakasleak egindakoa eta G. Jakobs, *Fundamentos del Derecho penal, ad hoc*, Buenos Aires, 1996 (179-240 orr.) liburu kolektiboa topatzekoa da. Itzulpen berbera beste liburu batean ere argitaratu da: G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas/UAM, Madril, 1997, 293-324 orr.

lanaren ekarpenik handiena *etsaiaren zuzenbide penala* (*Derecho penal del enemigo*) izenekoaren eztabaida modernoa berpiztea izan liteke. *Etsaiaren* figurak zentzu kritikoa du eta aditzera eman nahi du noiz zuzenbide penalaren ezaugarriak dagoeneko ez datozen bat askatasunak errespetatzen dituen Estatuarekin. *Askatasunen Estatu*an zuzenbide penala hiritarrari zuzentzen zaio, eskubideak eta duintasuna dituen hiritarrari alegia. Halako Estatu batean zuzenbide penalak muga jakin batzuk eduki behar ditu: hala nola, pentsamendu hutsa –iritzia, ideologia: hau da, barruko aldea– debeku penaletik kanpo gelditu behar da (*cogitationis poenam nemo patitur*). Muga hau –eta bestelakoak– gainditzen badira izenez besterik ez da *Askatasunen Estatu*a izango, egitez Estatuak hiritarra etsaia balitz bezala tratatzen duelako.

Gaur egungo testuinguru historikoan, ez bakarrik gure artean (gogora dezagun, guztien orde, 7/2003ko Lege Organikoa, zigoren betetze *eragingarri eta oso-oso* ezarri zuena), baizik eta nazioarte mailan (New York Irailak 11, Madril Martxoak 4, Londres Uztailak 7...) *etsaiaren zuzenbide penala* zein puntutaraino dagoen present gogoratu beharrik ez dago. Baina irakasle alemanaren ekarpena ez zen kontzeptuaren oinarria eta esanahia zehaztera murriztu: hura, tresna kritiko gisa, erabili zuen hainbat lege-arauketa penalak kritikatzeko (saiakuntza, prestamen-ekintzak, arrisku abstraktuko delituak –*klima delituak*–, eta abar). Hortaz gaur egun gori-gori dauden bilakaera politiko kriminal ugari aztertu eta kritikatzeko tresna eman zigun, zuzenbide penaleko berme-kulturak tradizioan erabat sustraiturik dagoen tresna gaurkotua alegia.

2.3.1.3. Multzo honetako lehenengo bi artikuluetan zuzenbide penaleko oinarri filosofiko-juridiko bermatzailea batetik eta, bestetik, delituaren teoriaren muga nagusietako bat: *etsaiaren zuzenbide penala* aztergaiak ziren bitartean, hirugarren artikuluan, zuzenbide penal moderno eta liberalaren tradizioari helduta, ondasun juridiko-penalen teoria *klasikoa* aztertu nahi da. Hirugarren artikuluan zuzenbide penalak zein debeku ezarri behar dituen zuzen-zuzenean jorratu nahi da edo, beste era batera esanik, zein ondasun juridiko aukeratu behar diren horiei soil-soilik babes penala emateko. Aro moderno geroztik esparru juridiko-penalean printzipio nagusi bat aldarrikatu da: hau da, dauden ondasun juridiko guztietara ezta horien aurkako eraso guztietara tresna penala ez eramatearena: *ultima ratio* printzipioa (eta, horren osagarri dena,

gutxieneko esku-hartzearen printzipioa ere). Zuzenbide penala gizarte-bizitzako arlo guztietan eta eraso guztien aurrean erabiliz gero, gizartea bera itoko zen eta errepresio mailak elkarbizitzaren orde infernua ekarriko luke.

Baina zeintzu dira, orduan, babes penala merezi duten ondasun juridikoak? Zuzenbide penal moderno sortu zen hain zuzen ere Estatu liberala bera jaiotzearekin batera eta horren ondorioz burgesia eta *establisment* berriaren ondasunak izan ziren babes penala jasoko zutenak. Horrela, betiko (bizitza, osotasun fisikoa...) ondasunen ondoan, ondarea ere erdigunean kokatu zen, Estatu berriaren barruan jabetza pribatuak irabazi zuen garrantziari zegokionez. Baina ia berrehun urte igaro ondoren, Estatu libealek Gizarte-Estatu igaro ondoren, zein bestelako ondasun babestu behar ote? Zuzenbide penalak betiko ondasun juridiko indibidualak edo, horrezaz gain, gaurko gizartean dauden bestelako interes kolektiboak ere (ingurumena, kontsumitzaileen interesak, langileen interesak...) babestu beharko lituzke? Estatu moderno eta hiperteknikatuak arrisku berri asko –lehen inoiz igarri ezinezkoak– sortzen ditu (*Ulrich Becken arrisku gizarte* –*Risikogesellschaft*–): horien aurrean (energia nuklearra, uhinen igorpenak, elikadura merkaturatze prozesua...) ere zuzenbide penalak esku hartu behar al du?

Eztabaida honen berri emateko **Winfried Hassemer** irakasle alemanaren artikulua labur bezain mamitsua aukeratu dugu³, aipatu eztabaida politiko kriminalaren aurrean jarrera kontserbadore eta klasikoa –*liberala*– jarraitzen duelako eta, aldi berean, Alemanian eta Europako zientzia penalean oro har joera doktrinal indartsu eta esanguratsu baten ordezkaria delako. Bere ustez, tradizio liberalari helduta, zuzenbide penala ez dago arrisku eta errealitate modernoetara hedatzerik, horietarako bestelako zuzenbide-esparru (administrazio zuzenbidea bidenabar) erabili beharko zirela (*ultima ratio*).

2.3.2. Aurkeztutako lehenengo multzoaren helburua denok neurri batean edo bestean barneratuta daukagun berme-kulturaren ezaugarri nagusienak gogoratzea zen eta, aldi berean, argitzea dagoeneko XX. mendeko 80. hamarkadaz geroztik zein erronkei aurre egin behar zien aipatu berme-kulturak, gauzatzeko zorian zegoen aldaketa estrukturalaren aurrerapen gisa.

3. Jatorrizko artikulua: "Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre", *Jenseits des Funktionalismus*, C. F. Müller, Heidelberg, 1989. Honen itzulpena gaztelaniara Patricia S. Ziffer irakasleak egin zuen: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Doctrina penal 1989*, 275-283 orr.

Zuzenbide penalak ohiko tradizioz bestelako errealitate gutzit berriei aurre egin behar ziela argi egonik ere, eta hasierako bermeen aldeko defentsa-jarrera nagusitu ondoren, zientzia juridiko-penalak, kontinenteko European bederen, hiru joera edo erantzun-eredu sortu zituen, guztiek betiko tradizio liberala gaurkotu eta errealitate berriei aurre egiteko asmoz. Hiru joeren atzean hiru politika kriminaleko eredu ezberdinak zeuden zuzenbide penalaren eragina gehiago edo gutxiago zabaltzearen aldekoak. Hiru eredu horien arteko eztabaidak lehenengo iraganbide-fasea osatu zuen, eredu klasikoak gaur egungo aldaketa-egoerara. Nolabait eztabaidak isilbidez behintzat aditzera eman zuen zientzia eta praktika penalaren egoera baketsua krisialdian sartua zela, oinarri-eztabaida sahistezin bilakatu zelarik.

Alemaniko zientzia penalak gure artean baita European eta Europaz kanpo ere duen pisuari egokituz, hiru eredu politiko-kriminalak azaltzeko **Bernd Schünemann** irakasleak egin zuen sintesi-artikuluari ekingo diogu. Artikuluaren izenburuak berak⁴ Alemaniko egoerari aipamena egiten badio ere, hango joerak inongo arazorik gabe orokortu daitezke, mendealdeko Herrialdeetan zeuden mugimenduen argazki nahiko zehatza eta argia ematen digutelako.

Artikuluaren zehar batetik **Hassemer** (Frankfurt-eko Eskolaren ordezkari nagusi gisa) irakaslearen proposamena –klasikoa, liberala– auzitan jartzen da, honen tesiak gaur egungo egoeran gehiago emateko moduan ez omen dagoelako. Baina, baita ere, beste arrazoiengatik, beste muturrean kokatu behar omen den *funzionalismo hutsaren* (*normatibismoaren*) joera kritikatzeko da. Azken honen ordezkari nagusiari, **Jakobs** irakasleari, leporatzen zaio zuzenbide penala bermez hustea (ondasun juridikoaren kontzeptua eta printzipioa, esaterako, alboratzen den neurrian), Estatuak nahi duen politika kriminala bidezko tresna akritikoa sortuz. Bi joera horien erdian **Schünemannek** bere tesia defendatuko du, isilbidez bada ere, hirugarren joera nagusiari helduta: **Claus Roxin** irakaslearen *funzionalismo moderatuari* alegia. Politika kriminalak, esparru tradizioaletatik atera, eta errealitate berriei aurre egin behar diela defendatuko dute bi eskolakideek baina berme-altxorra sakrifikatu gabe.

2.3.3. Hiru joera politiko-kriminalen deskribapena **Schünemannek** egin zuen urteak –1996– mende bukaerako diagnostiko zehatza eman zigun. Baina aldi berean, esparru anglosajoiaren kriminologia-joera batzuek bestelako etorkizuna antzematen zuten zuzenbide penalaren bilakaerari zegokionez. Soziologiak gure gizarte postmodernoen bilakaera ezin azkarragoaren berri ematen zuen, delitua ikusteko, baloratzeko, egozteko orduan oso bestelako gakoak zekartzana. Alderdi bat aipatzeagatik, komunikazioaren dinamika eta pisu berriak (*komunikazio-gizarteak*) moldatu edota baldintzatu ditu politika egiteko moduak baita politika kriminala ere, aldi berean gizartekideen imajinarioak ziztu bizian aldatzen ari zirenean. Horrek guztiak iraganbidean zegoen eztabaida politiko kriminalaren gainean eragina handia izan behar zuen, eztabaida-paradigma bera aldatzeraino.

2.3.3.1. Azterketa soziologiko berriei helduta badira zuzenbide penalean aldaketa erabatekoak –estrukturalaz– jabetu direnak. Gure artean ekarpenik osatu eta distiratsuen **Jesús María Silva Sánchez** irakasleak egin du ezbairik gabe, bere liburua: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Civitas, Madril, 1999)⁵ azaldu zenez geroztik eztabaida politiko-kriminala gutzit aldatu eta moldatu delarik.

Liburuaren garrantzia, egitura eta esparru juridiko-penalean izan duen enbata kontuan harturik, artikulu bat ez baizik eta bi egitea egokiena dela uste izan dugu. Izan ere liburuan argitasunez bi zati ezberdinak ahal dira-eta: batetik, azterketa soziologikoa eta, bestetik, horren ondorioz zuzenbide penalaren barruan zein proposamen baztertu eta zein bultzatu behar direnari buruzkoa. Bi zatiak dira bikainak eta liburua mamitsua izan arren oso luzea ez denez bi artikuluen bitartez **Silvaren** ekarpena duintasunez plazaratzeko modukoa izango da.

Azterketa soziologikoaren ardatza eta ildo nagusia, izenburuak berak islatzen duen moduan, zuzenbide penala hedatzen ari dela da. Baina **Silvaren** berebiziko lana horren arrazoiak argitzean datza: gero eta zuzenbide penal gehiago dago jendeak eskatzen duelako. Eta jendeak eskatzen du arrisku berriak azaldu direlako, segurtasunik ezaren sentimendua nagusitu delako, biktimari begira –ez delitugileari– jarri garelako, penalak ez diren bestelako bideek

4. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 5/1995. Artikuluaren gaztelaniazko itzulpena Manuel Cancio Melia irakasleak egin zuen: “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* 1-2/1996, 17-49 orr.
5. Badago, honez gero, bigarren argitaldia aldaketa gutxi batzuekin 2001. urtekoa (Civitas, Madril).

jendearengan konfiantza pizten ez dutelako, ezker politikoak eta gizarte-mugimendu alternatibo eta aurrerakoiek ere zuzenbide penal gehiago eskatzen dutelako... Baina ez hori bakarrik: gero eta zuzenbide penal gehiago egotearenak ere badu zerikusi zuzeneko Europa eta, oro har, nazioarte mailan dauden batasun- eta globalizazio-prozesuekin.

Azterketa soziologikoaren emaitza bigarren zatiaren abiapuntua da: zer egin egoera honen aurrean zuzenbide penaleko politika, zientzia eta interpretazioari ekiterakoan? Bateko eta besteko joera eta proposamenak aztertu eta kritikatu ondoren, **Silvak** oihartzun handiko irtenbidea eman du: *bi lastertasuneko zuzenbide penaren irtenbidea* hain zuzen ere. Honen arabera berme-mailak ez dauka zertan berbera izan beharrik zuzenbide penaleko arlo guztietan: bere aburuz, pena askatasun-gabetzailea (espetxealdia batez ere) zigor gisa ezartzen den esparru deliktiboetan zigor zuzenbideak ezin die uko egin tradizioz eta arrazoiz mendebaldeko altxor preziatu bihurtu diren bermeei: eta ezin uko horrek eragingarritasuna galtzea ekarriko ei bazuen ere. Bestelako esparrutan –eta horra biltzen du, esaterako, ekonomiaren zuzenbide penala!– bermeak malgutasunaz ezarri ahal dira, zorrotasun gutxiagoz, zigorra diru-isunean edo askatasuna ez den bestelako eskubideak kentzean baitatza. Proposamenak, igarri daitekeenez, hautsak harrotu eta ikaragarritzko eztabaida piztu du: zergatik ekonomiaren zuzenbide penala –aberatsak– bigarren lastertasunera? Gainera hori gutxi balitz, bere liburuaren bigarren argitaldian hirugarren lastertatsun bat gaineratu du: *etsaiaren zuzenbide penarena*.

Ez gara gehiago luzatuko sarrera honetan, baina nahikoa da esandakoarekin, liburuaren garrantziaz jabetzeko eta esan bezala bi artikuluen bitartez, sakonki, horren berri eman behar dela ulertzeko.

2.3.3.2. *Silvaren* lanaren ildo beretik David **Garland** irakaslearen liburuak: *The culture of control*, Oxford, 2001⁶, aukeratu dugu eta, era berean, bi artikulutan horren berri emateko asmoa dugu. Arestian dagoeneko liburuak bere lehenengo kapituluaren egiten duen gizarte deskribapenaren zertzelada batzuk aipatu ditugu. **Garlandek** behin eta berriro aipatzen ari garen aldaketa soziologikoa sakondu egiten du, baina hain justu ere mundu kriminalaren ikuspegitik eta, horren barruan, zigor sistema formala zein gizarteko zigor kultura begi aurrean edukirik. Egun

New York-eko Unibertsitatean diharduen irakaslea ez da gai hauetara heldu berria. Bere liburuaren sarreraren diogen bezala, *kontrol kulturaren* liburuarekin aspalditik hasitako ikerketa-lerro bat burutu nahi du. Izan ere 1985. urtean lehenengo liburu bat argitaratu zuen (*Punishment and Welfare: A history of penal strategies*) zigor sistema ongizate-estatuarekin (*Welfare*) zituen harremanetatik aztertzen duena. Zigor sistema aipatu estatu-ereduari egokitzen zitzaion eta horren ideologiaz blai omen zegoen. Bigarren liburu batean (*Punishment and modern society: A study in social theory*, 1990) zigor sistema formala arakutzen du eta gizarte teoria bat eratzen du zigor erakunde ororen kultur osagaia zein osagai politikoa –biak– azpimarratzen eta nabarmentzen dituen. Oraian aztegai dugun liburuak, hirugarrena, aurreko biak bildu eta sintetizatzen ditu, zigor sistema oso-oso bere gizarte-ereduaren testuinguruan aztertzen duelako, sistemak pairatu dituen aldaketak eta horren arrazoiak azalduz eta gaurkotuz.

Liburuaren tesi nagusia hurrengoa da: kontrol esparru osoaren aldaketek bi bultzagarri nagusi izan dituzte: bata, modernitate osteko estatuari dagokion gizarte-egituraketa berria baita merkatu askearena ere; eta, bestea, aipatu gizarte-egituraketa moldatzen lagundu duten gizarte-indar eta indar politiko kontserbadoreen eragina.

Lehenengo kapitulu batean XX. mendeko 70 eta 80. hamarkadetako politika kriminala orain dagoenarekin konparatzen du, arestian aipatu dugun kultur kontrolari buruzko irudi berria ikustarazteko. Jarraian bere tesi nagusia –eta irudi berria azaltzeko asmoz– arrazoitzeari ekiten dio. Kapitulu oso batean gobernu eta erakunde ofizialek aurrera eramaten dituzten kontrol-jarduera berriak (politika kriminal berria eta horren praktikak) aurkeztu eta jorratzen ditu, geroago –beste kapitulu batean– praktika ofizialak ahalbidetu zituzten kultur-baldintzak ikertuko dituen bitartean. *Garlandek* aburuz kultur-baldintzak dira, zalantzarik gabe, aldaketarik sakonena sufritu dutenak. Kontrol kultur osoaren aldaketa gizartearen egitura postmodernoarekin harremanetan jartzea da hurrengo urratsa. Azkenik gizarte egitura berriaren moldeak egiten lagundu duten aukeraketa politiko-ideologikoak ere aztegai ditu.

Bere konklusioa gogor samarra da: kultur eta gizarte egitura berriek ongizate-ereduaren (gizarte-estatuaren) aurkako politika kriminala bultzatu eta bidezkotzen dute eta, aldi berean,

6. Gaztelaniazko itzulpena badago: GARLAND, David, *La cultura del control* (Máximo Sozzo Itzultzailea), Gedisa, Bartzelona, 2005.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena; GARRO CARRERA, Enara. Gaur egungo politika kriminalaren egoera eta norabidea: Aro berri baten atarian? *Eleria*. 17, 2008, 71-79

txiroak, gizarte azpi-maila gisa, gizarte-asketik espetxeetara bideratzeko bultzada ematen du.

David **Garlanden** liburuak, gainera, badu berebiziko abagunea: ahalegintzen dela bere aburuz egonkor eta behin betiko diren aldaketak, aldi baterakoak direnetatik ezberdintzen. Azkeneko kautela: egileak berak *Raymond Aron* zitatu ondoren, beren beregi esaten duen moduan, gauzak ulergarri egitea da bere lana baina horrek ez du esan nahi, inolaz ere ez, gauzak horrela behar dutenik izan.

2.3.3.3. Egitasmo osoa ixteko azkeneko artikulua bat⁷ aukeratu dugu **José Luis Díez Ripollés** Malagako irakasleak egindakoa. Egilea zuzenbide penaleko katedraduna izanik kriminologiako jakintza sendoak ditu bere lanetan aspalditik islatzen dituenak. Esparru germaniarreko eztabaida dogmatikoa jarraitu arren, politika kriminala izan du betidanik interes nagusia. Eta gainera aztegi izango den artikuluan bai **Silvaren** azterketa, bai **Garlandena** ere kontuan hartzen ditu. Nolabait esateko, **Díez Ripollés**ek Espainia mailan saiatzen da egiten, aldeak alde, **Garlandek** Ameriketako Estatu Batuetarako eta Erresuma Baturako egindakoa.

Horretarako lehenik eta behin esku-hartze penalaren ereduak krisialdian daudela esan eta argitzen du, aldaketen diagnostikoa egiterakoan **Garlanden** ikerketaz beren beregi baliatzen delarik. Azterketan, dena dela, Espainiako errealtatearen datu soziologikoak ere txertatzen ditu eta osagarriak diren bestelako ekarpen eta hausnarketa propio bezain interesgarri gaineratzen ditu. Diagnostiko soziologikoaren oinarrian, oraindik nagusi den berme-ereduaren aurkako kritika gogorra egiten du, betiko printzipioetako *zeru garbitik* jaisteko (autokritika egiteko alegia) gonbidatzearekin batera.

Díez Ripollésen artikulua balioa ez da murrizten azterketak (dela soziologikoa dela zientzia penalarena) egitera ezta azterketa hori Espainia mailan sustraitzen eta egokitzen saiatzera: irakasleak beste zigor zuzenbideko ereduak (*modelo penal bienestarista*) proposatzen digu, berme-kultura tradizionalari muzin egin gabe, joera berriak txertatzen ahalegintzen dena. Proposatutako ereduak gorabehera, artikulua honek gure artean eta XXI. mendearen hasieran, eztabaida politiko-kriminalaren nondik norako

gaurkotuena emango digu, mendebaldeko eztabaida politiko-kriminalaren mugarri nagusien jakitun.

3. Egitasmoa –sarrera hau izan ezik– aurrera eramateko orduan Enara **Garro Carrera** ikerlari postdoktoralarekin batera jardungo dut egilekidetzan. Enara **Garro** Euskal Herriko Unibertsitateko Fakultatean –adar elebidunean– lizentziatu zen (2000). Zuzenbidean Doktorea (UPV-EHU 2004), Zuzenbide penala sakontzeko egonaldi zientifiko ugari egin ditu atzerrian, batez ere esparru germaniarrean. Egitasmoaren ezaugarriak kontuan harturik, dogmatika penal alemanarena jakintza-maila ez ezik ingelesa hizkuntzaren jakintza-maila ere altua duen doktore elebiduna pertsona ezin egokiagoa deritzot erronkari lotzeko.

Egitasmoa osatzen duten bederatzi artikuluentzat aukeratu den formatoa ez da itzulpenarena izango. Aipatu egile eta lanen berri ematerakoan erregistro askeago bat –errezentzioarena– egokitzen jo dugu, helburu nagusia hurrengo delako: eztabaida politiko-kriminalaren bilakaeraren berri ematea, atzean dauden arrazoi eta gako soziologikoak arakatzea, aldaketen oinarri ideologikoa eta politikoa nabarmentzea...baina hori guztia zuzenbide penalean halabeharrez aditua ez den edozein legelarentzat egokitua. Erregistroak, hortaz, ahalbidetuko digu, bakarrik zigor zuzenbidean adituak direnentzako intereseko alderdi tekniko eta ulergaitzak alde batera uztea.

Horregatik, aurretik joan dadila aipatu artikuluen eduki-laburpena egitasmo osoaren esanetara egongo dela eta, hortaz, jatorrizko maisu-lanen itxuragabetzea gertatzekotan, inork ez dezala interpretatu lanen edo jatorrizko egileen kalitatearen aurka. Beste alde batetik, aukeratu ditugun lanak ez diren beste hainbeste ere, kalitateari begira, aukeratzekoak izan zitezkeela jakitun gara. Beste behin batean egitasmoaren mugak eta gure aukeraketak eduki posible bat –ez posible bakarra– baldintzatu dute. Muga horien jakinaren gainean, irakurleak epaitu beharko du egindako aukeren egokitasuna. Guk, edozelan ere, pozik geundeke, oihartzun sozial ozena duten zuzenbide penaleko gai hauen inguruko hausnarketa zigor esparrutik beste zuzenbide esparrutako legelarentzat –euskaraz!– kanpora ateratzea lortuko bagenu.

7. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* 06-03 (2004), 1-34 orr. Artikulu hau behin betiko bertsioa bada ere, aurretik **DÍEZ RIPOLLES**ek beste bertsio laburrago bat argitaratu zuen non eta hurrengo aldizkarian: *Jueces para la Democracia* 49 (2004).